P E R

D. Francefco Antonio , ed altri fratelli de Luca

NELLA CAUSA CHE HANNO NEL S. R. C.

C O N

D. Gregorio di Coftanzo, e colli fratelli D. Antonio, e D. Agoftino Sacco , e D. Maria Terefa Coftanzo .

DEGNISSIMO COMMESSARIO

Il Regio Conf[illegible]re Sig.D.Gaetano Celani.

In Banca di Rubino
Preffo lo Scrivano Principato.

J. M. J.

LA presente controversia, per cui scrivo, considerandosi nella estensione dei fatti, che la compongono, non potrebbe meritare nè tampoco il nome di una contesa giudiziaria; imperciocchè mancano nella medesima evidentemente gli estremi del giudizio. Il giudizio è di revindica in forza di un preteso fedecommesso per due poderi alienati, e distratti dall' erede gravato, e che vengono presentemente da un terzo posseduti. Vale a dire, che l' Attore dovrebbe avere il dritto a potere tali beni revindicare, e nel medesimo tempo concorrere vi dovrebbe la prova circa la identità della cosa medesima, che s'intende revindicare. Ma ambidue tali necessarj requisiti del giudizio suddetto mancano, poicchè il preteso Attore non può agire, e la identità della cosa, che revindicar si vuò, non si è provata, benchè il termine impartito si attrovi già compilato. Onde, replico a dire, non può detto giudizio meritare retta veruna considerandosi i fatti nel medesimo dedotti. Ma se all' incontro considerare egli si volesse separato, e distinto dalle circostanze surriferite, egli va ad incontrarsi a' scabrosi legali articoli, che nascono dal medesimo, e questi sono la reciproca lineale se concorra, o no su detto fedecommesso, e le detrazioni di legitima, e di prelegato, che *ex juribus* dell' erede può molto bene opponere il terzo possessore de' beni anzidetti. Questo è il saggio della presente controversia, che ho stimato di premettere per la più facile intelligenza circa le cose, che sono a trattare, ed esaminare con questa scrittura, la quale incomincio colla fedele esposizione dei fatti.

F A T T O.

NEl 1706. a' 30. Luglio la fu D. Delia di Orlando, moglie del fu D. Giuseppe di Costanzo, fece il suo ultimo nuncupativo testamento, con cui istituì erede nell' usufrutto esso D. Giuseppe suo marito, e nella proprietà i suoi figli Matteo, e Cesare di Costanzo, dopo la quale istituzione formò il seguente fedecommesso con queste proprie parole. *Item essa testatrice vuole, che detta sua eredità, o parte di dette robe detti suoi figli eredi ut supra, eredi, e successori quibuscumque in perpetuum*

tuum delli medesimi, non possano venderla, nè alienarla per qualunque causa, ma che in perpetuum detta eredità vada da eredi, e successori legittimi, e naturali discendenti di loro proprj corpi sempre di linea mascolina; ed in caso Dio guardante si estinguesse detta linea mascolina, succeda alla linea feminina discendenti dalli figli nati, e nascituri da detti suoi eredi, e successori quibuscumque, quia sic &c. fol. 9. l. sig. proc. orig.).

Dopo la quale istituzione, con orazione precedente al suddetto fedecommesso ordinato, dispose in favore di Matteo suo figlio cioè che siegue. *Item vuole, ordina, e comanda, che venendo essi Signori Cesare, e Matteo Costanzo ad atto di divisione di detta sua eredità vuole, che detto Signor Matteo si possa pigliare avanti parte di detto Signor Cesare, la camera prima vicino il vignano di detto suo Palazzo, e propria quella verso la Chiesa della SS. Annunciata, come ancora la possessione della Marina con suo magazzeno, e tre botti di dentro, che fu del qu. Francesco Milizia, sito nelle pertinenze di Nocera, ma che anche ne sia padrone usufruttuario vitalizio detto Signor Giuseppe Costanzo, quia sic &c.* (1).

La suddetta Delia testatrice morì a' 30. Agosto del 1706. (2) come dalla fede, e seguita la dilei morte adirono la sua eredità detti suoi figli Matteo, e Cesare, come dalla fede del preambolo (3) ed essendo poi a' 25. di Decembre dell' istesso anno 1706. morto detto Matteo, siccome dalla fede (4) si dichiarò del medesimo erede esso D. Cesare (5).

Ma in questo stato di cose molti fatti, che occorsero si debbono considerare, e non omettere dirli per il vantaggio, che ne riportano i miei clienti. Dagli atti finora compilati non si ravvisa, che i suddetti coeredi abbiano fatto inventario de' beni ereditarj di detta Delia; onde viene loro a mancare la maggiore prova circa la identità de' beni, la quale per lo più dall'inventario si desume. Il suddetto testamento si ravvisa dalla copia esibitasene di essere stato un testamento reassunto; quindi è necessario, che si presenti l'originale, che sta in mano del procuratore contrario, che l'ha esibito *cum facultate relaxandi copiam*,

(1) *D. fol. 9. l. A. pred. proc.*
(2) *Fol. 20.*
(3) *Fol. 77.*
(4) *Fol. 21.*
(5) *Fol. 77.*

piam, affine di poterfi rilevare fe la reaffunzione fatta fi foffe nelle debite fue forme. Deefi anche confiderare il difetto del Notajo ftipulatore di detto teftamento, ad oggettocchè con più decreti di vifita fu fofpefo dal fuo officio, ficcome dalli documenti prefentati negli atti (1); dimodocchè han depofto i teftimonj prodotti per parte delli fratelli de Luca (2), che delle fcritture dell'anzidetto Notajo Giovanni Vono non fe ne abbia tenuto verun conto, perchè non vifate, e che perciò la dilui fceda non fi fia voluta confervare da niuno Notaro, ma foltanto da' fuoi Nipoti. Più rimarchevole è la depofizione fopra lo fteffo 16. articolo (3) del Regio Notajo Gio: Battifta Franchini, alla quale è uniforme quella del Regio Notajo Carmine Mauri (4). Depongono dunque gli anzidetti Notari concordemente, che avendo per alcune occorrenze tempo fa perquifiti gli atti del qu. Notajo Giovanni Vono, offervarono che il medefimo tra anni quarantuno di efercizio del fuo ufficio non formò, che foli dodici protocolli, buona parte informi, e fenza decreto di vifita, cioè un libro, che conteneva tre protocolli degli anni *1694*. *1695*., e *1696*., e febbene in effi vi appariva l'atto della vifita, nondimeno in uno di effi la numerazione de' fogli, enunciata dentro il decreto della vifita, appariva in bianco, e tre carte bianche prima di detto decreto. Soggiungono che li protocolli del *1697*., e *1699*. non apparivano vifitati: che il protocollo dell'anno 1705. vifitato, fia un quinternolo di poche carte: che i protocolli degli anni 1711, 1717, 1732. erano vifitati, ma non così quelli del 1733. 1734., e 1735. Depongono inoltre aver ritrovati una quantità di fcritture volanti di contratti ftipulati in diverfi anni, fenza ordine, e confufi, per cui con certezza giudicarono, che negli anni fuddetti, ne'quali non apparifcono protocolli, ma carte volanti, fia ftato effo Notar Giovanni Vono fofpefo, e che effi teftificanti fi confirmarono in tal giudizio per li feguenti motivi. Primo perchè ne' protocolli del fu Notar Carmine Mauri feniore, avo di uno di effi teftificanti, la dicui fceda da effolui fi conferva, fi offerva effere ftato fofpefo di ufficio detto fu Notar Giovanni di Vono, come da' decreti interpofti dal Regio Vifitatore, e per coftarli

A 2 inol-

(1) *Fol.* 150., & *fol.* 152.
(2) *Sup. art.* 16. *fol.* 159., *e* 164.
(3) *Fol.* 181. *a t.*
(4) *Fol.* 183. *a t.*

inoltre di esistere altre sospensioni di Ufficio contro lo stesso Notar Giovanni di Vono, presso gli atti del fu Notar Pietro di Vono, ora in potere del dilui figlio, ed erede Notar Nicola: e per terzo perchè nelle scede de' Notai contemporanei a detto Notar Giovanni di Vono, cioè Notar Nardotti, Notar Mauri, e Notar Pietro di Vono si attrovano i decreti di visita in ogni diloro protocollo di ciascuno anno. Conchiudono essi testificanti la di loro deposizione, *che essendo gli atti del fu Notar Giovanni di Vono mancanti, e difettosi, perciò credono certamente, che per tal causa niuno de' Notari di questa Patria abbia voluto conservarli, e sono oggi in potere di detti suoi nipoti*. Inoltre nel 15. articolo quattro testimonj della Città di Nocera, patria della fu Delia di Orlando depongono, di non avere mai inteso dire, che Delia di Orlando fatto avesse alcun testamento (1). Questo è tutto quello occorre circa l'esistenza di detto preteso testamento, dicui ritornerò a parlare, quando scriverò circa le prove fatte nella compilazione del termine: trattanto continuo la narrativa de' fatti.

D. Cesare di Costanzo ebbe tre figli, cioè D. Gregorio, che è l'Attore del presente giudizio, il fu D. Giacinto, ed il qu. D. Francesco-Antonio. Detto D.Giacinto se ne morì, e ad esso lui rimasero superstiti tre figlie femine: D. Francesco-Antonio morì senza figli. Il suddetto D. Cesare nel 1752. fè una dazione *in solutum*, *&* *pro soluto* ad esso D. Giacinto, di due stabili siti nelle pertinenze di Nocera, nominati cioè: Quattro giardini arbustati nel luogo detto Destro *confini il fiume Grande, gli eredi di Gio:Battista Mendicino, li giardini di D.Claudio di Luca, che furono del qu. Gio: Battista Pipino*, e l'altra possessione, o sia continenze di terre con torre dentro nel luogo detto la Marina, *confine l'arena del Mare, la possessione della magnifica Isabella Fiorentino, la possessione di D. Alessandro Procida, la cava comune, ed altri fini* (2). La quale *dazione in solutum*, unitamente con altri stabili, fu effettuita per duc. mille ottocento e gr.78. Spiegossi ancora la causa dell'anzidetta dazione *in solutum*, essere stata l'impronto di duc. duemila duecento ottantanove, e gr. 70., che esso D. Giacinto avea fatto a detto D. Cesare Padre, col ritratto delle robe dotali di sua moglie, che avea per tale oggetto vendute, e che esso D. Cesare

(1) *Fol.* 159., 164., 181., 183.
(2) *Fol.* 12. *l. A.*, *&* *B.*

fare l'avea somministrati per spese delle cause criminali di delitti di omicidj, accagionati alli suddetti D.Francesco-Antonio, e D. Gregorio, per li quali erano stati carcerati nell' Udienza di Cosenza per due anni, e dalla medesima poi trasportati nelle carceri della G. C. della Vicaria, ove stiedero sino al 1752.

Questa fu la causale del contratto suddetto, e fu la medesima accettata, e confessata dal predetto D. Gregorio, che intervenne nella stipola del suddetto istromento, nel quale parimenti esso D. Cesare obligossi per se suoi eredi, e successori all'osservanza dello stesso, promettendone l'indennità, e l'evizione (1).

Passate le robe surriferite nel possesso, e dominio di detto D.Giacinto, il medesimo nell' anno 1752. a' 10. Ottobre tempo, in cui ritrovavasi passato all' altra vita il suddetto D. Cesare (2) fè vendita a D.Claudio di Luca (3) delle suddette due possessioni, site nelle pertinenze di Nocera, cioè l'una nel luogo detto la Marina con torre di fabrica dentro, *confinante dalla parte di basso da ponente coll' arena del mare, e da mezzo giorno colli beni di D. Alessandro Procida, da Levante con quelli degli eredi della qu. Isabella Fiorentino, da Tramontana con quelli di D. Claudio di Luca*, e l'altra sita parimenti nel detto territorio nel luogo detto il Destro con tutti li giardini, *confinante col fiume Grande, colli beni di Giuseppe Siciliano, con quelli degli eredi di Gio: Battista Mendicino, con quelle di D. Saverio Fabiani, via publica, ed altri fini, franchi, e liberi di qualunque peso, ipoteca, ed altro*, pervenutili per il suddetto assegnamento dal detto Cesare suo Padre. Ad oggetto di detta vendita furono pagati di danaro contante, nell'atto medesimo della stipola, da esso de Luca, o sia dal dilui procuratore Benincasa a detto D. Giacinto duc. mille, e venticinque (4). Per la quale vendita, obligò detto D.Giacinto all' evizione se' suoi eredi, e successori, e beni tutti anche futuri *ad consilium sapientis* (5).

Passati intanto detti stabili dal 1752. nel possesso, e pieno dominio del predetto D. Claudio di Luca, passarono quindi seguita la morte dello stesso alli dilui figli, ed eredi, cioè a D. France-

(1) *Fol. 12. at. l. A.*
(2) *Fol. 24.*
(3) *Fol. 145.*
(4) *Fol. 14. & 15.*
(5) *Fol. 17.*

ſco Antonio, D. Girolamo, e D. Gio: Battiſta, li quali colla ſicurezza del dominio, che aveano acquiſtato delli medeſimi, e colla buona fede, con cui li poſſedevano, l'hanno migliorati, non già con migliorie temporali, che compenſar ſi poteſſero con i frutti, ma con migliorie perpetue, con ſomma ſpeſa in modo tale, che lo ſtato, e la condizione de' ſtabili predetti riputanſi totalmente innovati, come io con più chiarezza, e ſpecialità additerò nel ſuo proprio luogo, allorchè dovrò parlare dell'eſame fatto d'ambidue i collitiganti.

Nel mentre, che i ſuddetti fratelli de Luca, con ſomma tranquillità dell'animo loro, poſſedevano gli anzidetti due controvertiti ſtabili, ſi videro turbati dal ſuddetto D. Gregorio di Coſtanzo, pretendendo egli rivindicarli in forza di uno aſſerto ſedecommeſſo, fatto dalla fu Delia Orlando ſua Ava. Fu dedotta tale pretenſione nel S. C., e commeſſa la cauſa al Signor Conſigliere D. Gaetano Celani digniſſimo Commeſſario, fu dal medeſimo ſpedita la controſupplicata, e notificata alli ſuddetti fratelli, queſti comparvero nel S. C. e coſtituitovi procuratore, fu impartito termine ordinario, come dovevaſi; e fatta l'elezione dell'eſaminatore ſi ſpedirono le commiſſionali, in forza delle quali e l'uno, e gli altri han cercato provare la diloro intenzione, relativa a' meriti riſpettivi della preſente controverſia. Non debbo però ommettere di avvertire, che nel tempo medeſimo furono laudati in autori D. Maria Tereſa Coſtanzo figlia, ed Erede di D. Giacinto, come anche li germani fratelli D. Antonio e D. Agoſtino Sacco, figli ed Eredi di un'altra figlia di eſſo D. Giacinto, coerede con D. Maria Tereſa del commune Padre D. Giacinto. Si coſtituì da D. Maria Tereſa il procuratore, (1) non così però dalli detti di Sacco, contro a' quali furono incuſate le contumacie (2).

E troppo noto, che in ſimili giudizj di pertinenza in forza di ſedecommeſſo, tre ſieno gli eſtremi, che dimoſtrare ſi debbono, cioè l'eſiſtenza del ſedecommeſſo, l'eſſerſi fatto luogo alla chiamata a pro dell'Attore, e la prova della identità della coſa ſteſſa, che ſi contende. Queſti eſtremi, li quali copulativamente concorrer debbono, non ſono ſtati dimoſtrati, e provati nè in tutto, nè in parte da D. Gregorio Attore: all'incontro detti fratelli de Luca di tutti e tre han dimoſtrata evidentemente la man-

(1) *Fol.* 40.
(2) *Fol.* 57.

mancanza, se sia così dall' istesso esame dell' uno, e degli altri rilevare si può.

La via di agire in giudizio circa la pertinenza de' fedecommessi esser può esecutiva, o pure ordinaria. Quante volte le robe, che a fedecommesso sono state soggettate, si ritrovano o nella Eredità del defunto giacente, o dalli dilui Eredi adita, si possono esecutivamente pretendere, o in forza del noto interdetto, *quorum bonorum*, o della legge finale C. *de edict. Div. Hadr. toll.*, che è un giudizio esecutivo, per cui è bastevole il dimostrare, che tali robe fussero rimaste nell' eredità del defunto, stante il possesso, che egli ne ha avuto in vita.

Ma se per opposto si ritrovassero distratte presso terzo possessore, allora sì, che il giudizio sarebbe di petizione di Eredità, o sia di revindica, che è un giudizio ordinario, in cui è necessaria la prova del dominio presso il fedecommettente. Questa è la teoria nell'uso prattico del Foro indotta, ed adottata dopo Paolo di Castro, che la pose avanti nel *lib.* 2. da' suoi Consigli nel *cons.* 94. Ma perchè sull' andar degli anni fu riputata molto rigorosa, giacchè è assai difficile del dominio la pruova, il foro la moderò per li lumi adottati da Peregrino nel suo articolo 44. *de fideicom.* Pensò il laudato autore, che per la massima di Paolo di Castro restavano tutti gli antichi fedicommessi nulli, ed invalidi: essendo difficilissimo, per non dire impossibile, il potersi far prova del dominio nella lunga intercapedine del tempo. Quindi il laudato Autore scrisse, che anche nel giudizio di petizione di eredità, o di revindica, che è un giudizio ordinario, non potendosi dimostrare il dominio, si dimostri almeno il possesso, che abbia avuto il fedecommettente, provato con testimonj sull' immemorabile, amminicolato però, e non altrimenti con scritture. Queste sono le dilui parole, che come opportune al Caso stimo di trascrivere: *Et non satis probat* (cioè la pubblica fama) *nisi aliis adminiculis sit suffulta: puta per aliquod instrumentum enunciativum de antiquo, in quo vocaretur antiquus ille testator pro domino, seu possessore rei, de qua agitur, vel si adducecetur liber æstimi illius testatorss, qui cum fama concordaret, & ita ego consuevi practicari conjungendo cum fama pubblica aliquod adminiculum, vel per scripturam æstimi, vel per instrumenta enunciativa, ut mox dicebam, vel per libros rationales introituum, vel per alium modum, ex quo probetur possessio defuncti.*

Non dovevo io tal dottrina tramischiare nella narrativa de' fatti, ma metterla nell' esame del dritto, ma perchè ho trasgredito tale ordine? Per far ravvisare anticipatamente la insussistenza della pro-

va fatta dal Contraddittore. Li suddetti D. Matteo, e D. Cesare figli, ed Eredi della detta Delia non avendo fatto inventario de' dilei beni, e non avendoli tampoco la medesima nel suo testamento additati, vengono li medesimi essere sforniti di ogni prova, e di possesso, e della identità della cosa medesima, che si vuò essere stata a fedecommesso soggettata. Premesso tutto ciò vediamo, quali altre prove il detto D. Gregorio abbia fatto relativamente al presente giudizio.

Egli ha articolato, che sia Nipote di detta Delia, ciò non li si contende: egli ha asserito, che a' 30. Luglio 1706. essa Delia abbia fatto il suo nuncupativo testamento colla suddetta fedecommessaria sostituzione, per mano del Regio Notaro Giovanni Vono di Nocera. Questo è quel testamento di cui tra poco ne avvertirò le mancanze. Egli soggiunge ne' suoi articoli, che seguita la morte di essa Delia Matteo, e Cesare suoi figli abbiano adita la dilei Ereità (1), e che morto tra poco esso Matteo, siali succeduto detto Cesare; e ciò nè pur li si contende. Articola altresì, che Cesare ammogliato con Cecilia d' Ippolito della Città di Nicastro, abbia procreati tre figli maschi, cioè Giacinto, Francesco Antonio, ed esso D. Gregorio attore~~, Soggiunge, che~~ D. Francesco Antonio sia morto senza figli, che Giacinto sia morto con tre figlie femine, le quali furono le sue Eredi, lo che nè pure li si contende. Nel 6. si dà carico della suddetta dazione *in solutum* fatta da Cesare commune padre a D. Giacinto. Nel 7. cerca d' impugnare la confessione del credito di esso D. Giacinto, per il suddetto debito da lui medesimo confessato, e dice di essere stata tal confessione per solo meto reverenziale. Nell' 8. e 9. si studia di provare la identità della roba, cioè a dire, che tra i stabili ereditarj di detta Delia, e dalla medesima fedecommessati, vi siano stati li suddetti due stabili venduti al de Luca, l'uno chiamato la *Marina*, e l' altro *Destro*, siti nelle pertinenze di Nocera. Depongano i testimonj a loro piacere, non potrà però unque mai la loro deposizione meritar fede in giudizio, trattandosi di un fatto accaduto prima, che i medesimi testimonj fossero nati, quale è il tempo del testamento di Delia, e della sua morte seguita nel 1706. Sicchè precisa la testimonianza suddetta, veniamo all' esame delle scritture, a cui li testimonj medesimi unicamente si rimettono.

La

(1) *Art.* 2. *fol.* 67.

La prima scrittura, che occorre si è il testamento di Delia di Orlando, in virtù del quale si spedì il fu D. Cesare un preambolo contradittorio. Imperciocchè per la sua porzione relativa all' Eredità di detta sua madre, si fè interporre il decreto di preambolo, e per quella all' opposto di Matteo morto intestato, e senza figli, si fè spedire il decreto di spettanza, sebbene in dorso della copia di tal prambolo vi è l'estratta di Notar Moraca col *mihi exhibita, & exhibenti restituta* (1).

Ma ritorno al testamento. Di questo testamento spero, che non abbiano d'aver conto veruno i Signori votanti per le dilui manifeste mancanze, le quali sono le seguenti. Il medesimo non è stato ridotto in forma pubblica, giacchè si vede reassunto, e non si è fino adesso esibita l'originale reassunzione, per potersi rilevare la cagione della medesima, e se sia stata adoperata nelle forme legittime; a quale oggetto si è fatta istanza di esibirsi, e riconoscersi dal Mastrodatti de' Notai. La seconda mancanza ella è, che detto Notajo fosse stato sospeso dall' officio per mancanza della visita, e de' protocolli non fatti, come si desume dal documento presentato negli Atti (2), e parimente dall'altro esibito (3). Le quali cose si confermano dalla deposizione di due Regj Notari esaminati per parte di essi de Luca (4), li quali depongono, che delle scritture di detto Vono per le di lui mancanze, e sospensione dell' officio, non se ne sia tenuto conto veruno, e che ciò sia tanto vero, che niuno de' Notai ha voluto le sue scede, le quali si conservano da' dilui Eredi. Questo è quanto si appartiene al suddetto testamento, è tempo oramai, che io venga all' esame delle altre prove fatte dalli fratelli di de Luca miei clienti.

Li medesimi hanno articolato, e provato per pubblica voce e fama, che detta Delia sia morta *ab intestato*, e che il di lui figlio D. Cesare, ed il Nipote D. Gregorio, abbiano distratte, e vendute le dilei robe franche, e libere di ogni peso, vincolo &c. (5). Hanno similmente articolato, e provato la dazione *in solutum*, come sopra fatta dal fu D. Cesare al suo figlio D. Giacinto, che per lo spazio di 29. anni ammoglia-

(1) *Fol.* 77. *a t.*
(2) *Fol.* 150.
(3) *Fol.* 152.
(4) *Super* 16. *art. Fol.* 181. *a t.*, & 183.
(5) *super* 13. 14., & 15. *artic. fol.* 158. 175. 180. *a t.*

to, e con figli viveva nella Città di Nicastro separatamente da Cesare suo Padre, quando questi all'incontro continuava il suo domicilio in Scigliano, siccome ancora si rileva dall' istromento passato coll'intervento del presente Attore D. Gregorio, per la riferita dazione *in solutum* (1): che tale dazione *in solutum* si fosse fatta coll'intervento di esso D. Gregorio, il quale nell'atto stesso, che v'intervenne, confessò il danaro ricevuto da esso D.Giacinto ricavato colla vendita delle robe datali di sua moglie, che era servito per la causa criminale di gravi delitti, e di omicidj accagionati tanto ad esso D. Gregorio, che al suo germano D. Francesco Antonio, per li quali erano stati prima carcerati nella Regia Udienza di Cosenza per due anni, e poi trasportati nelle carceri di questa G. C. della Vicaria, ove stiedero per lo spazio di altri anni cinque (2). Hanno inoltre i miei clienti provato, che il presente Attore sia erede non solo del padre D. Cesare, ma ancora del fratello D. Giacinto, e possiede i di loro beni liberi *super art. 6.* (3).

Di più hanno articolato, e provato, che le suddette due possessioni, cioè la Marina, ed il Destro, pervenute ad esso D. Giacinto ~~in forza della suddetta dazione~~ *in solutum*, siano state vendute al fu D. Claudio loro commune Padre, per il prezzo di ducati mille, e venticinque: che la possessione nominata la Marina era tutta arenosa, e perciò affatto sterile, ed infruttifera, e per ridurla a coltura vi abbia voluta infinita spesa, fatta dagli Articolanti in tagliare un monte esistente in una altra diloro possessione, affinchè per via di cave, ed aquedotti avessero potuto comunicare l'acque di un loro proprio stabile al suddetto della Marina, e che per il passaggio delle stesse acque per un fondo di D. Annibale Mirabelli, li fratelli di Luca abbiano dovuto cederli una buona parte della ridetta propria possessione, nominata le Macchie. . Che questi aumenti non si possono riputare migliorie provenientino dal suolo, e dal beneficio del tempo, ma cose separate, e da tutto ciò distinte, dimodocchè non possono andar comprese nella consuetudine locale di Nocera, ove sono siti detti stabili, secondo la quale le migliorie, & *quoad impensum*, & *quoad melioratum*, si dividono

(1) *Fol.* 11.
(2) *Art.* 1. 3. 4. 5. *art. fol.* 154. *a t.* 161. *a t.* 171. *a t.* 177. *a t.* 178. *a t.* 186.
(3) *Fol.* 155. *a t.* 161. *a t.* 177.

no per metà tra 'l padrone, ed il possessore (1). Finalmente i miei Clienti hanno articolato, e provato, che Delia di Orlando lasciò un Palazzo, e li seguenti stabili, cioè il Laureto, la Foresta, Varano, la Serra, Portavecchia, il Luceto, Casalicchi, la Montagna, lo Puzzo, ed alcuni censi enfiteutici, venduti per la maggiot parte detti fondi da D. Gregorio di Costanzo franchi, e liberi (2).

Tutti questi sono i fatti, che compongono la presente controversia, io li ho fedelmente esposti, e narrati in modocchè sono già nel tempo proprio, ed opportuno di esaminare la giustizia, la quale alli miei Clienti secondo i fatti suddetti si appartiene. E per facilitarne vieppiù la intelligenza, ho riputato convenevole dividerla nelli seguenti capi, e paragrafi. Col primo dimostrerò, che l' Attore non abbia il dritto di potere esercitare la rivindica di detti due territorj posseduti dalli fratelli di Luca, per essere egli erede del venditore, possedendo di lui beni liberi ereditarj. Col secondo per non essersi provata la identità della cosa venduta. Col terzo, perchè l' alienazione de' medesimi si dee riputare legitima, giacchè il prezzo fu speso per la redenzione de'delitti di omicidio, accagionati alli due figli di Cesare, D.Francesco Antonio, e D.Gregorio. Col quarto perchè detti due stabili si debbono riputare liberi dal preteso fedecommesso di Delia, anche dandosi per vero il suo testamento, sì per essere lasciato uno de' medesimi per prelegato al suddetto Matteo, come pure perchè la porzione di Matteo, morto senza figli, diventò libera per mancanza di reciproca lineale tra esso lui, e Cesare. Quinto, ed ultimo, quando tutto mancasse dimostrerò le detrazioni della legittima, spettantino tanto a detto D. Cesare venditore, che al di lui germano Matteo, sopra i beni di detta comune Madre, giacchè di detto Matteo ne fu erede universale il predetto Cesare venditore.

(1) *Super* 7, 8, 9, 10 *artic. fol.* 156 *a t.* 162, 166 *a t.* 172 *a t.* & 179.

(2) *Super art.* 13., *e* 14. *fol.* 158., 175. 180. *a t.*

CAPO I.

Con cui si dimostra, che D. Gregorio Costanzo, perchè Erede di D. Cesare suo padre, non possa revindicare i fondi suddetti.

IO nella narrativa de'Fatti ho esposto, che l'Attore D.Gregorio Costanzo sia Erede di Cesare suo Padre, e quello, che più merita considerazione, che sia Erede senza inventario. Onde affatto non può rivocare la suddetta vendita fatta da suo Padre, tuttochè egli venisse chiamato al godimento de' stabili *ex propria persona*. E' letterale il testo *quum a matre*, che stà anche impresso nella stessa polvere del Foro, ed io lo trascrivo, così: *Quum a matre domum filii te sciente comparasse proponas: adversus eum dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtines hereditatem, doli mali exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis. l. 14. Cod. de rei vindic.* La quale legge così mirabilmente commentarono Bartolo, e Baldo: *Contra factum defuncti non venit heres, etiam proprio nomine pro hereditaria portione.*

Applicando intanto il dritto al fatto, è indubitato, che l'Attore sia erede di Cesare suo Padre venditore, tantovero, ch' egli stesso nella supplica per l' introduzione del giudizio, qual' erede di suo padre, e possessore de' beni liberi, per evitare il circuito inutile si è offerto a pagare (1) qualunque prezzo di evizione, volendo additare i ducati 1025. prezzo della vendita anzidetta.

Ma ciò non può affatto meritar retta, giacchè la suddetta legge letteralmenta prescrive di non potere l' erede impugnare il fatto del defunto, e perciò li nega la revindica, senza qual dritto di revindica non può aver luogo il giudizio dell' evizione. E riflettendosi sopra detta legge vieppiù si rileva, che non ostante la scienza del compratore, o sia la di lui mala fede, che

---

(1) *Fol. 6. a t.*

che la roba, che da esso lui compravasi, era del figlio della venditrice, ciò non ostante dopochè egli fu il di lei erede, andò a perdere la revindica suddetta, a cui si riferisce mirabilmente il lodato Commenio di Bartolo: *Contra factum defuncti non venit heres etiam proprio nomine*.

Cresce vieppiù l'argomento nelle individuali circostanze del fatto, nel quale non vi fu scienza di D. Claudio de Luca, circa il suddetto asserto fedecommesso. Anzi vi fu tutta la buona fede, essendoli stati detti stabili venduti per franchi, e liberi (1). Ma non solamente, qual' erede del venditore, non può l'Attore suddetto rivocare tale vendita, ma anche perchè non può essere abilitato ad impugnare il fatto proprio. Egli intervenne alla suddetta dazione *in solutum*, fatta di detti stabili all' anzidetto D. Giacinto, il quale poi li vendè a detto D. Claudio di Luca. Fu dunque tale vendita seguela della suddetta dazione *in solutum*; quindi sarà sempre stabile, e ferma sin che tale sussisterà la stessa dazione *in solutum*. Se dunque D. Gregorio Attore è inabilitato a potere impugnare la predetta dazione *in solutum*, a cui egli acconsentì, giacchè il fatto proprio impugnar non si può, come potrà egli unquemai rivocare, e rescindere la vendita surriferita?

Si è suscitato dubio tra i Prammatici, se queste cose luogo abbiano nell'erede beneficiato, cioè a dire, che ha fatto l'inventario, dimodochè possa il medesimo revindicare la roba distratta, pagandone il prezzo secondo le forze ereditarie al compratore. Questo articolo ritrovasi bene esaminato, e discusso nella *decis*. 153. del De Franchis, ma in termini assai più forti del caso nostro. Imperciocchè il defunto avea distratta una roba onnossia a fedecommesso particolare a pro di suo figlio, ed all'incontro aveagli lasciati molti beni liberi. Pretendeva il figlio qual' erede beneficiato di rivindicare detta roba distratta, dando però altrettanti beni ereditarj al compratore della medesima. Rapporta il laudato Autore, che in ciò stata vi fusse contrarietà di opinioni, ma che abbia poi il S. C. deciso il contrario. Eccone le proprie parole nel *num*.16., & 17. *Nec inventarium operabitur, quia quatenus erit in hereditate, tenebitur heres habere ratum factum defuncti, etiam in re propria. Nec potest dicere heres redde mihi bona vendita, & capias bona hereditaria, quia dicta lex* quum a matre *est posita sub tit.* De rei

(1) *Fol.* 146.

rei vindic., *& in ea disponitur heredem vindicantem rem, repelli exceptione ne doli mali, & sic denegatur hæc actio vindicationis rei*.

Lo stesso fu esaminato, e deciso presso il laudato Autore nella *decis.* 83., ma in un caso più forte. Avea il defunto contratto alcuni debiti, avendo rinunciato anche al beneficio dell' autentica *hoc nisi C. de solutionibus*, il di lui erede adita l'eredità, e fatto l'inventario, intendeva valersi di detto beneficio, non come erede, ma per dritto di sua propria persona, che spetta ad ogni erede, che faccia l' inventario, e fu deciso contro il medesimo per la massima adottata, che l' erede debba avere rato il fatto del defunto *præcise*, anche ne' beni proprj, e queste sono le gran difficoltà, che incontra l' Attore del presente giudizio. Credo io intanto di avere bastantemente dimostrata la giustizia di questo primo assunto, onde passo avanti, cioè alle cose, che debbo trattare nel Capo secondo.

CA-

CAPO II.

Con cui si dimostra di non essersi provata l' identità della cosa venduta, e che rivindicare si pretende.

Io nella esposizione de' Fatti ho rilevato di non essersi fatto inventario delle robe ereditarie della su Delia Orlando, e che nè tampoco la medesima coll'asserto sedecommesso abbia enunciati i beni, che sottoporre intendeva al medesimo, e non so capire, come senza tali documenti si possa provare l' identità de' beni. Questa grave difficoltà è stata ben preveduta dal Contraddittore, e perciò si è studiato ripararla, con una informe scrittura presentata (1), col *mihi exhibita, & exhibenti restituta*. Ella porta il nome d' inventario de' beni ereditarj del su Gio: Carlo di Orlando, colla data del *1690.*, padre di essa Delia, colla eccettuazione però de' stabili, li quali si dicono, che appartenevano alla suddetta Delia, ed alla sua germana Fenice, in virtù di uno antico sedecommesso (2). Ma di tale scrittura, replico a dire, non se ne può tener conto: prima per la sua nota defettuosità: secondo, perchè non si può ravvisare quali stabili nella divisione aggiudicati si fussero ad essa Delia, e quali a detta Fenice: terzo, perchè non si può dedurre prova, che il possesso, ed il dominio de' medesimi fosse continuato ad averlo essa Delia sino al tempo del suddetto asserto testamento, con cui si vuole di aver istituito il sedecommesso suddetto: quarto, ed ultimo la diversità de' confini, la quale si ravvisa tra detto inventario, o sia annotazione de' beni suddetti, e l' istromento della vendita delli suddetti due stabili, nel quale apparisce la surriferita confinazione diversissima. A quale oggetto io quì la trascrivo.

Nell' istromento dunque della vendita fatta da esso D. Giacinto a D. Claudio de Luca le parole individuanti i confini dello stabi-

le

(1) *Fol.* 70.
(2) *Fol.* 72. *at.*

le detto *la Marina*, furono le feguenti (1): *Da Ponente coll' arena del Mare, da Mezzogiorno colli beni del Signor D. Alessandro Procida, da Levante con quelli delli Eredi della qu. Isabella Fiorentino, da Tramontana con quelli di D. Claudio di Luca, ed altri confini &c.* Nell' inventario del qu. Gio: Carlo di Orlando li confini affegnati a tale ftabile pretefo lo fteffo fono li feguenti (2): ,, Confini dette poffeffioni D. Lucantonio ,, Procida, Antonio di Alvio, l' arena del mare, vie pubbli- ,, che, ed altri confini. ,, Nell' ifteffo iftromento della fuddetta vendita li confini affegnati all' altro ftabile *Deftro* fono li feguenti (3): *Confinante col fiume corrente, chiamato il Grande, con li beni del magnif. Giufeppe Siciliano, con quelli degli Eredi di Gio: Battifta Mendicino, con quelli del Reverendo D. Saverio Fabiano, via pubblica, ed altri fini*. Nello inventario del qu. Gio: Carlo di Orlando li confini affegnati a tale ftabile pretefo lo fteffo fono li feguenti (4) ,, Confine la ,, poffeffione degli Eredi del qu. Pellegrino di Luca, di Fran- ,, cefco Mendicino, ed altri fini ,, .

Sarebbe lo fteffo, che annojare il paziente Lettore di quefta mia fcrittura, il voler comular dottrine, ed autorità di Dottori per dimoftrare, che nel giudizio di rivindica fiavi neceffaria la pruova della indentità della cofa. Mi fo lecito foltanto di avvertire quanto i Romani fu ciò fieno ftati folleciti, e fcrupolofi, come rilevafi dalla prattica da loro tenuta in fimili giudizj. Siccome molto difficile è la prova del dominio, fu quindi preffo gli antichi Romani indotta la prattica di fofpenderfi la queftion del dominio fino a tanto, che terminata non fi foffe quella del poffeffo, non effendovi cofa, che più la pubblica quiete perturbi, che fpogliare il poffeffore dal poffeffo della cofa, che tiene. Quindi prima del giudizio ordinario per il beneficio del Pretore, efaminavafi il poffeffo, e per la prova della identità della cofa, il di cui dominio poi nel giudizio ordinario doveafi difcutere, il Pretore, i collitiganti, ed i di loro rifpettivi Avvocati, fi portavano fulla faccia dell' ifteffo luogo controvertito, per fervir poi di prova circa la identità nel giudizio ordinario, ed ivi mettendo le mani fopra il fuolo, ognuno

(1) *Fol.* 14.
(2) *Fol.* 71. *at.*
(3) *Fol.* 14.
(4) *Fol.* 72.

no de' medesimi prendendone parte, diceva essere suo il fondo: *Et dicam* (scrisse Ovidio) *mea sunt, injiciamque manum*. Ed indi dopo Marziale *injiciam dominus in mea jura manus*. Dal che ne venne, che la *vindicia* era lo stesso, che l' injezione della mano sul fondo. Quindi scrisse Gellio: *Vindicia idest correptio manus in re, atque in loco præsenti*. Ma dopochè furono i confini del Romano Impero dilatati non riusciva, che il Pretore portato si fusse sulla faccia del luogo; onde fu indotto, per la osservanza della vetustà, di prendere dal fondo controvertito una gleba, e portarla sul luogo del giudizio, come l'à soscritto Gellio alla memoria de' posteri colle parole, che sieguono: *Vindicia idest correptio manus in re, atque in loco præsenti. Id apud Prætorem ex XII. Tabulis fiebat, in quibus ita præscriptum est, si qui in jure manum conserunt. Sed postquam pretores propagatis Italiæ finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII. Tabulas tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Prætorem manum consererent, sed ex jure alterum manu consertum vocarent, idest alter alterum ex jure ad conserendum manum in rem, de qua ageretur, vocaret, atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam in jus, in urbem, ad Prætorem deferrent, & in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent*. Erano adunque tanto solleciti circa la prova della identità della cosa, che volevano aver presente nell' atto dello stesso giudizio la cosa stessa, che controvertivano. E ciò basti per la prova del mio assunto, essendo inutile il volerne altro dire.

CA-

CAPO III.

Con cui si dimostra, che la distrazione de' suddetti due stabili sia stata legittima, come fatta per la redenzione, e libertà de' suddetti D. Francesco-Antonio, e D. Gregorio.

NElla esposizione de' Fatti ho narrato, che la vendita de' stabili predetti sia stata seguela della dazione *in solutum* fatta al suddetto D. Giacinto, per avere egli somministrata la somma di ducati mille, ed ottocento cinquantuno, e rotti per la libertà de' suddetti D. Gregorio, e D. Francesco-Antonio. Questa fu la confessione fatta dallo stesso D. Gregorio presente Attore in un pubblico istromento, ed ella è stata pienamente comprovata dalla deposizione de' testimonj esaminati per parte di detti de Luca. Che poi ciò sia cagion legittima per la distrazione de' beni fedecommessati nella linea de' descendenti è cosa tra gl' Interpetri, ed i Prammatici indubitata, e la di loro sentenza è corrispondente, ed appoggiata alla notissima *auth. res quæ C. Com. de Legat. & Fideic.*

Nella medesima letteralmente ordinò, e prescrisse l'Imperador Giustiniano, di potersi i beni fedecommessati alienare per la dote, ed anche per la donazione *propter nuptias*. Quindi ne hanno dedotto gl' Interpetri, e li Prammatici, che se per la collocazione del figlio, o della figlia, si possono i beni fedecommessati distrarre, con maggior ragione alienare si possono per la conservazione della libertà, e molto più della vita de' futuri chiamati. Imperciocchè essendo l' oggetto del fedecommesso la conservazione de' beni nella posterità, questa finisce, quando per qualche delitto il chiamato corre pericolo della vita, o di perdere la libertà. Così scrisse Menochio *De arbitr. Judic.* nel *caso* 182. al *num.* 64. colle parole, che sieguono: *Idem sensit, quando huic filio non leve periculum, utpote mortis, vel mutilationis membrorum immineret. Illa ratio pro hac sententia multum urget, quod ob incredibilem amorem, quem pater erga filium habet, lex interpretatur patris mentem fuisse, ut potius necessitati hujus filii consulat, quam ut bona ipsa fideicommis-*

missario restituantur. Dello stesso sentimento fu Fusario nel suo trattato: *De fideicommiss. substit.* nella *questione* 585. *num.* 3. con queste parole: *Declaratur primo communis opinio, ut non procedat in descendentibus testatoris; his enim subveniendum esse cum alienatione bonorum fideicommissi scripserunt Fulg. Alex. Soccin. aliique passim. Petra etiam de fideicom. quæst.* 8. *hanc tenet, quod quando delictum est casu commissum: ego autem in hanc concurro non solum in casu delicti puri, sed etiam in graviori delicto; hoc enim multum est secundum commune votum parentum, qui si casum hunc considerassent, verisimiliter alienationem concessissent*. Dello stesso sentimento fu il dotto Molina nel suo trattato *De Hispan. primog. lib. IV. cap. 6. n. 9.*, con queste parole: *Præterea dictæ authenticæ decisio ad redemptionem possessoris majoratus capti ob hostibus extendenda est, prout Bart., Paul., Jas., & alii extendi opinantur, quorum opinionem sequuntur, illam communem esse profitentes Cornejus, & Cursius, & alii*. L'autorità del laudato autore si dee riputare di tanto peso, quantocchè la Spagna in simili materie, non si diparte affatto dall'autorità del predetto Autore.

CA-

C A P. IV.

Con cui si dimostra, che la porzione ereditaria del fu D. Matteo morto senza figli, si fosse fatta libera nella sua persona, e che come tale sia pervenuta al suddetto fu D. Cesare.

IO nel primo capo mi lusingo aver dimostrato, che D. Gregorio Attore, come erede di Cesare non possa revindicare li suddetti due stabili, dati *in solutum*, *&* *pro soluto* al suddetto D. Giacinto, e dal medesimo poi venduti a D. Claudio di Luca. Ho dimostrato altresì la mancanza della identità della cosa venduta, che è l'estremo indispensabile nel giudizio di revindica, e finalmente ho comprovata la validità, e legitimità della vendita suddetta, cose tutte, che persuadono la mancanza dell'azione nell'attore. Ma qualora così non fosse, per sovrabondanza di ragione, come spero, mi do a credere, che la mancanza della reciproca suddetta, faccia svanire ogni dubbio. A quale oggetto trascrivo nuovamente le parole individuali del suddetto asserto fedecommesso. *Item essa testatrice vuole, che detta sua eredità, o parte di dette robe, detti suoi figli eredi ut supra, ed eredi, e successori quibuscumque, in perpetuum delli medesimi, non possano venderla nè alienarla per qualsivoglia causa, ma che in perpetuum detta eredità vada da eredi e successori legitimi, e uaturali discendenti di loro proprj corpi, sempre di linea mascolina; ed in caso Dio guardante si estinguesse detta linea mascolina, succeda alla linea feminina, discendenti dalli figli nati, e nascituri da detti suoi eredi, e successori quibuscumque, quia sic &c.*

Che i fedecommessi si reputino odiosi, per essere restrittivi della libertà, e per l'impedimento, che ne riceve il commercio, è cosa che non può richiamarsi in dubbio. Quindi nell' uso prattico del Foro è stata indotta la teoria, che i fedecommessi non si possano moltiplicare, e che quante volte il fedecommesso si può eseguire secondo la lettera del testamento nel caso espresso dal testatore, non si possa per un altro caso estendere tacitamente, inducendosi con ciò un' altro fedecommesso ta-

tacito. Quindi si è formato il comune ditterio, che i fedecommessi estendere non si possono da persona a persona, da tempo a tempo, da caso a caso. Tutte queste massime sono state saviamente rilevate, e dedotte dalla notissima legge *Titia Sejo D. de leg. & fideic.* 2. §. *Seja libertis*, che io trascrivo: *Seia libertis suus fundum legavit, fideique eorum ita commisit: fidei autem vestræ Vere, & Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque, qui ex vobis ultimus decesserit, quum morietur, restituat Sympboro liberto meo, & successori, & Beryllo, & Sapido, quos infra manumisi, quive ex bis tunc supervivent. Quæro, quum nec in prima parte testamenti, qua fundum prælegavit, eos substituit, in secunda tamen adjecerit verbum, qui ultimus decesserit: an pars unius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit, testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse: unum ut is, qui ex duobus prior morietur, alteri restitueret; alterum, ut novissimus bis restitueret, quos nominatim postea enumeravit.*

Il dotto Burneman commentando detta legge così scrisse: *Quando autem testator pluribus heredibus expresse vocatis, ultimo eorum morienti in tota hereditate substituit, eo casu testator institutos videtur invicem, & reciproce substituisse, & bæc vocatur substitutio reciproca tacita . . . quia ultimus moriens non posset totam bæreditatem restituere, nisi cæterorum portiones ad eum pervenissent. Ideoque duo hic necessaria, primo ut substitutio sit facta in tota hereditate, secundo ut ultimo fiat substitutio . . . Et quod de toto fundo loquatur paragraphus ex indefinito sermone probatur.*

Vuò intanto il Giureconsulto, e richiede due requisiti per la suddetta reciproca lineale tacita, l'uno che si proibisca l'alienazione della cosa fedecommessata: il secondo che l' ultimo moriente sia gravato di restituire tutta la sua porzione ereditaria al superstite. Imperciocchè non potrebbesi tale restituzione verificare, se l'uno tacitamente non fusse stato sostituito scambievolmente all' altro. Ambidue tali requisiti mancano nel nostro caso; imperciocchè non si ravvisa dalla lettera del testamento, che delli due coeredi l'uno sia stato sostituito all'altro. Si legge però la proibizione ingiunta ad ambedue i suddetti coeredi, di non potere alienare la suddetta eredità, o parte della medesima; ma siccome tra i suddetti non vi è reciproca, una siffatta proibizione si risolve nelle sue singolarità, e si reputa fatta *discretive* nella linea da' medesimi per *i rispettivi diloro discendenti*; dimodocchè morendo uno senza figli, la sua porzione si fa libera nel medesimo. Io non posso allegare autorità

più

più valevole, ed individuale, che quella del de Marinis nella sua resoluzione 220. del libro II. n. 11., di cui non posso far a meno di non trascrivere le proprie parole. *Quia etsi testator vocaverit tam Felicem, quam Mariam nomine collectivo, & sic eas conjunxerit verbis, attamen quum illis non reliquerit scuta bismille, sed scuta mille pro qualibet ipsarum, & sic eas non conjunxerit, utique ex ista divisione quantitatis unaquaque ipsarum dicitur vocata ad scuta mille tantum, non autem ad portionem prioris, & propterea, qua ratione inter eas cessat jus accrescendi propter divisionem quantitatis utrique earum relictæ, ea pariter ratione videtur cessare reciproca, quoad portionem alterius, in qua altera vocata non fuit, quum jus accrescendi sit tacita substitutio.*

E perchè occorrevono nel caso suddetto le parole, da cui forse desumere si poteva la reciproca, che sono le seguenti: *E morendo dette Felice, e Maria voglio, che succedono &c.* Risponde il lodato autore così; *quum substitutio fideicommissaria simpliciter facta post mortem plurium bonoratorum, non inducat inter eosdem bonoratos reciprocam, sed resolvatur in suas singularitates, perinde hac si cuilibet ex honoratis illa facta fuisset.*

Il Canonico de Luca nel suo trattato *de linea legali artic.* 20. scrisse lo stesso, ed eccone le parole. *Discretive inter cujuslibet vocati liberos, & descendentes intelligitur ordinatum fideicommissum, si inter quatuor, puta filios institutos adesset expressa reciproca his verbis: & post eorum mortem, & in uniuscujusque filios, & descendentes masculos legitimos, & naturales, de uno in alium usque in infinitum, & invicem, & reciproce active, & passive ordine successivo.* Non stimo più trattenermi nell'esame di detto articolo, giacchè trattasi di cosa troppo nota, e da non potersi rivocare in dubio; onde passo avanti.

Ancorchè si volesse ammettere la reciproca, pure lo stabile della Marina sarebbe libero dal preteso fedecommesso. Imperciocchè volendosi, che detto stabile fusse lo stesso, che possedono i fratelli de Luca, e questo indubitatamente non può essere onnosio a detto fedecommesso, o si pretendesse essere altro, e non costarebbe dell'identità per le ragioni da me sopra dedotte. Che detto stabile sia libero si ravvisa dalla lettera medesima del testamento, nel quale il suddetto fu lasciato a Matteo *ante partem*, vale a dire per prelegato, il quale non va compreso col gravame della restituzione dell'eredità, quando il gravame non sia concepito non sopra l'eredità medesima, ma bensì sopra tutta la porzione lasciata al coerede, e la ragione è chiara,

ra, acquiſtandoſi il prelegato per titolo particolare, e dall'erede non come tale, ma come uno eſtraneo, ed una terza perſona. La legge *Marcellus* è letterale nel §. *quidem liberis Dig. ad Trebel.* con queſte parole; *quidam liberis ſuis ex diſparibus partibus inſtitutis, datis praeceptionibus, ut ipſe maximam partem patrimonii inter liberos ita diviſiſſet, rogavit eum, qui ſine liberis decederet, portionem ſuam fratribus reſtituere. Imperator noſter reſcripſit praeceptiones quoque fideicommiſſo contineri: quia non portionem hereditariam teſtator commemoravit, ſed ſimpliciter portionem. In portionem autem & praeceptiones videri cecidiſſe.* Adunque affinchè il prelegato vada compreſo nel fedecommeſſo è neceſſario, che il gravame ſia eſpreſſo, e relativo alla porzione. Imperciocchè eſſendo relativo all'eredità, o alla porzione ereditaria, ci avvertiſſe di eſſere onnoſſio al gravame quel tanto, che in forza di titolo univerſale, quale è il titolo ereditario, non bensì quello, che per titolo ſingolare, come è il prelegato, all'erede ſi tramanda. Spiegò chiaramente, e ſolidamente il Perezio detta legge così: *Item praelegata non ſunt reſtitutioni obnoxia, quia hereditatis appellatione non continentur. Tantum enim cenſetur obnoxia pars iſta, quam accipit ut heres; praelegata autem non accipit ut heres, niſi ſimpliciter rogetur portionem ſuam alteri reſtituere.* Il caſo è chiaro nel noſtro fatto, in cui il gravame non è relativo ſe non che all' eredità, e quantunque ella ſi dica tutta l'eredità non fa al caſo, imperciocchè il gravame dee riſguardare preciſamente la nuda porzione, coſicchè ſe alla medeſima ſi aggiunga la parola ereditaria, il prelegato non è compreſo nel gravame ſecondo la lettera del lodato teſto.

CA-

CAPO V. ED ULTIMO.

Con cui si dimostra per indubitata la detrazione della legitima tanto di quella, che si apparteneva al fu D. Cesare, che dell'altra del fu D. Matteo, di cui ne fu erede esso D. Cesare.

NOn posso unque mai persuadermi, che le cose da me ne' capi antecedenti discusse, ed esaminate non abbiano a meritar retta presso i Signori votanti; ma perchè è facile, che l' Avvocato, come interessato, che egli è della causa s' inganni, perciò se così mi fusse avvenuto per le anzidette cose finora trattate, non potrò credere, che quello, che sono a dire nel presente capo, non abbia a mio favore da decidere la controversia. ~~Chi mai ha potuto, o~~ potrà mettere in dubbio, che la legittima sia degli ascendenti, e molto più de' discendenti, non possa andar compresa nel gravame generale, se nominatamente dal testatore non sia gravata, e dal figlio, ed Erede accettato il gravame individualmente. Ma siccome tutto ciò è certo, ed indubitato, altresì è incerta, e dubbiosa l' origine di un sì fatto privilegio. Quantunque la ragion naturale ci additi, essere dovuti da' genitori a' figli gli alimenti, in modochè scrisse Paolo quel savio, e prudente detto *videtur necare, qui alimenta denegat*, e quantunque sia noto, che la legittima tenga luogo di alimenti, che il Padre se fusse vivo dovrebbe al suo figlio somministrare, pure la legitima fu incognita nell' antica giureprudenza Romana, come quella, che non si adattava a' principj della dilei politica circa la patria potestà, la quale per potersi esercitare con maggior vigore, si estendeva anche a potere il padre uccidere i figli, e maggiormente ad eseredarli senza cagione impunemente, ed un sì fatto rigore avea l'oggetto della totale ubbidienza, che il figliuolo dovea al padre prestare. Come adunque nel progresso del tempo, e nel lungo corso degli anni si ha potuto adottare un tale obbligo di legitima degli ascendenti verso i loro posteri? Ella è cosa troppo incerta, e dubbia, e molto più per la querela *inofficiosi*, che sovverte la paterna disposizione. E quello, che più è da considerarsi il privilegio conceduto di non intendersi gravata la legitima

ma per qualunque generale gravame.

Il dotto Cujacio, che con giustizia della Romana giureprudenza il restauratore riputasi, confessò ingenuamente, che tutto ciò ignorava, e che non avea potuto rinvenirne le tracce, non ostante la sopraffina investigazione praticatane. Se dunque tanto scrisse il laudato Autore, cosa potrei dire io, che neppure ho' degustata la Romana antica giureprudenza? Dirò soltanto quello, che gli altri dopo Cujacio hanno scritto, cioè a dire, che la legitima ripeta l' origine sua, o dalla legge Glicia, o dalla interpretazione de' prudenti. Ma un luogo di Paolo ci dà molto lume, egli nelle sue sentenze presso Schultingio nel *lib.* IV. *tit.* 5. §. 5. così scrisse: *Filius ex asse heres institutus inofficiosum dicere non potest: nec interest, exhausta necne sit hæreditas: quum apud eum quarta aut legis falcidiæ, aut Senatus consulti Pegasiani beneficio sit remansura*. Onde scrisse l' erudito Eineccio dopo Merillio, nelle sue antichità Romane così, *docuerunt legitimam illam portionem ex legis falcidiæ rationibus prudentum interpretatione esse inductam*. Tantovero che Giustiniano chiamò la legitima *falcidiam l.*31. *Cod. de inoff. testam.* Ma ciò non ostante non ancora si è ben capita la cagione del privilegio anzidetto della legitima. Io mi ricordo di avere scritto nell' opera da me data alla luce *de causis Romani juris*, nel commento della Giureprudenza Romana sotto Augusto, che sotto il medesimo fatta si fosse la legge Falcidia, affine di potere avere i testamenti il loro indubitato effetto, affinchè se l'erede era estraneo, il Fisco avesse potuto ricevere la vigesima, la quale perdeva, quante volte l'Eredità, destituto il testamento, deferita si fosse agli legitimi Eredi. Perciò la falcidia era privilegiata assai, qual privilegio poi è rimasto comunicato alla legitima come quella, che venne a succedere nel luogo della istessa Falcidia, ma non ostante, che la cagione del privilegio sia cessata, ne è rimasto però il privilegio suddetto.

Nella legge *Omnimodo*, e nell' altra *quoniam in prioribus C. de inoff. testam.* prescrisse l' Imperador Giustiniano, che qualunque gravame apposto alla legitima, si dovesse intendere *ipso jure* tolto colle seguenti parole *in fin. ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens tollatur, &* *ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*. La legitima non fu gravata col suddetto fedecommesso, nè pur nominata, ed ancorchè fosse stata gravata, pure il gravame sarebbe stato inutile. Adunque è indubitato, che sia dovuta, ed è indubitato altresì, che anche non domandata dal figlio, si tramandi al di lui Erede secondo la legge *quoniam* 10. *C. ad*

leg.

leg. Falc. con queste parole *tamen instestato eo diem suum functo, id quod beneficio legis Falcidiæ habere potuit, ad successorem intestati pertinere*. Quindi commentando detta legge Saliceto così scrisse: *Hæres gravatus de restituendo, transmittit ad suos successores, id quod poterat retinere ratione legis*. Conchiudo coll'autorità di Cancerio nel titolo *de legitima* con queste parole, *quod jus petendi supplementum legitimæ* (che è una cosa più forte) *transmittatur ad hæredes etiam extraneos, tenent Dec. Peregr. & alii*. Per il supplemento suddetto vi si potrebbe incontrare dubbio per la presunzione, che non avendolo il figlio domandato in vita, l'avesse rinunciato, e pure ciò non ostante il medesimo si trasmette anche all'Erede estraneo, quanto maggiormente ciò affermar si dee per la legitima, siccome scrisse lo stesso Cancerio nell'istesso titolo *n. 42.* con queste parole, *ex bis non est dubitandum, quin legitima transmittatur ad heredes extraneos, & ejus supplementum; quia nos non loquimur, nisi ubi onus est ei expresse injunctum, vel prohibita est detrahi, quia tunc quum illa dispositio sit ei prajudicialis, eo non reclamante censetur adprobata*.

E comune sentimento de' Dottori, che quando la legitima sia dovuta, le prime distrazioni, che fa l'Erede s' imputino alla sua legitima dovutali dal padre o Avo. Il testo è chiaro *l. Marcellus §. ult.* con queste parole: *Res quæ ab herede alienatæ sunt, in quartam imputantur heredi*. Adunque essendo nel caso nostro la legitima dovuta, è indubitato, che le prime distrazioni s' imputino nella medesima, e che perciò il compratore sia sicuro, opponendo al chiamato il dritto, che avea il figlio di ritenere detti beni per sua legitima, e siccome la legitima è dovuta non in danaro, ma nei corpi stabili, perciò il compratore servendosi del dritto del figlio, che vendè la roba, può ritenerla per la dilui legitima, evitando così il circuito inutile, che sarebbe revindicando altrettanti beni ereditarj, compensativi della legitima del figlio. Questo è tutto quello, che ho potuto debolmente considerare sopra i meriti di questa contesa; suppliranno il dippiù colle vaste cognizioni del diloro intendimento i savj Giudici, e tra costoro il venerato Signor Commessario.

Napoli 27. Luglio 1788.

Giuseppe Toscano.
Tommaso Perrone.